

**DECISION N°150/11/ARMP/CRD DU 03 AOUT 2011
DU COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN
COMMISSION LITIGES SUR LE RECOURS DE TAILLE DRAME SARL
CONCERNANT LES CRITERES DE QUALIFICATION RETENUS DANS LE
DOSSIER APPEL D'OFFRES N°08/DGD/2011 AYANT POUR OB JET LA
FOURNITURE D'HABILLEMENT ET ACCESSOIRES AU PROFIT DE LA
DIRECTION GENERALE DES DOUANES**

**LE COMITE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS STATUANT EN COMMISSION
LITIGES,**

Vu le Code des Obligations de l'Administration modifié par la loi n°2006-16 du 30 juin 2006 ;

Vu le décret n°2007-545 du 25 avril 2007 portant Code des Marchés publics modifié ;

Vu le décret n°2007-546 du 25 avril 2007 portant organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés publics (ARMP) notamment en ses articles 20 et 21 ;

Vu la décision n° 0005/ARMP/CRMP portant règlement intérieur du Conseil de Régulation des Marchés publics ;

Vu le recours de TAILLE Dramé SARL en date du 13 juillet 2011 enregistré le 14 juillet 2011 sous le numéro 728/11 au Secrétariat du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

Après avoir entendu le rapport de M. René Pascal DIOUF, Chargé des enquêtes sur les procédures de passation et d'exécution des marchés publics, rapporteur présentant les moyens et les conclusions des parties ;

En présence de Monsieur, Abdoulaye Sylla Président, de MM Abd'El Kader N'DIAYE, Ndiacé DIOP et Mamadou DEME, membres du Comité de Règlement des Différends (CRD) ;

De MM. Saër NIANG, Directeur Général de l'ARMP assurant le secrétariat du CRD, Cheikh Saad Bou SAMBE, Directeur de la Réglementation et des Affaires juridiques et Oumar SARR, Conseiller juridique, observateurs ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi,

Adopte la présente délibération fondée sur la régularité du recours, les faits et moyens exposés ci-après :

Par lettre mémoire TD/DG/RAF n°18/2011 en date du 13 juillet 2011, enregistrée le lendemain sous le numéro 728/11, au Secrétariat du CRD, l'entreprise TAILLE Dramé a introduit un recours auprès du CRD pour dénoncer les critères de qualification retenus dans le Dossier d'appel d'offres ayant pour objet la fourniture d'habillement et accessoires au profit de la Direction générale des Douanes.

LES FAITS

Le 22 juin 2011, La Direction Générale des Douanes (DGD) a fait publier dans le journal « Le Soleil » un avis d'appel d'offres ayant pour objet la fourniture d'habillements et accessoires au personnel de l'Administration des Douanes, en deux (2) lots indivisibles :

- Lot 1 : Tenues Vareuses et Sahariennes de couleur vert olive ;
- Lot 2 : Chemises vert olive clair manches longues et cravates.

Informée de cet avis, la SARL TAILLE DRAME a adressé par lettre du 10 juillet 2011 une « demande d'acquisition du cahier des charges » à la DGD et a obtenu le lendemain le DAO.

Après prise de connaissance de ce document, la société a, par lettre du 13 juillet enregistrée le 14 juillet 2011, saisi le CRD en contestation des critères de qualification arrêtés dans le DAO.

Le CRD, après avoir déclaré le recours recevable, a ordonné la suspension de la procédure suivant décision n°127/11/ARMP/CRD du 15 juillet 2011.

SUR LES MOYENS DEVELOPPES A L'APPUI DU RECOURS

A l'appui de son recours, la SARL conteste les critères relatifs à la réalisation de marchés de nature et de taille similaires et à la production des états certifiés de 2007 à 2009.

Le requérant précise que la société a été créée en 2009 et a démarré ses activités en 2010, mais n'en dispose pas moins de moyens matériels, techniques et financiers suffisants pour la réalisation du marché, même si elle ne réunit pas les critères précités.

Elle affirme, en outre, avoir « perdu le même marché de l'année dernière dans les mêmes conditions, alors qu'elle était moins disante et remplissait tous les critères techniques ».

Elle demande en conséquence, l'annulation des clauses du DAO qu'elle juge restrictives.

SUR LES MOTIFS DONNES PAR LA DIRECTION GENERALE DE LA DOUANE

Dans sa lettre n° 01190/DGD/DPL/SP du 22 juillet 2011, la DGD a formulé des observations concernant la décision n° 127/11/ARMP/CRD/2011 et le recours de TAILLE DRAME.

S'agissant de la décision de suspension, la DGD fait observer qu'au sens des articles 86 et 87 du code des marchés publics, le requérant, avant saisine du CRD, devait saisir la DGD d'un recours gracieux préalable exposant les motifs de sa réclamation, ce qui n'a pas été le cas.

Concernant le recours proprement dit, la DGD fait observer que l'article 27 du COA et l'article 45 du code des marchés publics autorisent tout acheteur public à requérir des candidats aux marchés publics, toutes justifications concernant leurs moyens humains, matériels et financiers ainsi que l'expérience acquise dans la réalisation d'activités analogues.

En conséquence, en application de ce principe, la DGD a retenu, dans le cadre dudit marché, entre autres critères de qualification :

- La production d'états financiers certifiés des exercices 2007, 2008 et 2009 ;
- La réalisation d'au moins deux (2) marchés de nature et de tailles similaires au cours des cinq dernières années.

Elle a précisé, enfin, que le DAO a reçu l'avis de non objection de la DCMP suivant lettre n°002653 MEF/DCMP/1 du 14 juin 2011.

SUR L'OBJET DU LITIGE

Il résulte de ce qui précède que le litige porte d'une part sur l'interprétation des dispositions des articles 86 et 87 du CMP et, d'autre part, sur la possibilité pour SARL TAILLE DRAME, entreprise nouvellement créée, de participer à l'attribution du marché au regard des critères de qualification arrêtés par la DGD.

L'EXAMEN DU LITIGE

1) Sur l'exigence d'un recours gracieux préalable avant saisine du CRD

Considérant que les dispositions des articles 86 et 87 du CMP ne sauraient être utilement interprétées sans les opposer à celles de l'article 11 de la Directive n° 05/2005/CM/UEMOA portant contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine qui invite les Etats membres à prendre les mesures nécessaires permettant aux candidats des marchés publics ou délégations de service public d'introduire un recours effectif préalable à l'encontre des procédures et décisions rendues à l'occasion de la procédure de passation et leur causant préjudice, devant le représentant de l'autorité contractante ;

Considérant que contrairement aux règlements qui sont d'application directe et immédiate, les directives lient les Etats membres en ce qui concerne les résultats à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, et nécessitent une transposition dans l'ordonnancement juridique des Etats ;

Considérant qu'en transposant l'article 11 de la Directive précitée, le décret portant code des marchés publics n'a pas de façon péremptoire posé le principe du caractère obligatoire du recours gracieux préalable, mais a seulement « habilité » tout candidat à un marché public à saisir la personne responsable du marché d'un recours gracieux ;

Qu'au surplus, le Code des marchés publics ne sanctionne pas de déchéance la requête d'un candidat dont le recours devant le CRD n'a pas été précédé d'une saisine préalable, à titre gracieux, de l'autorité ;

Considérant qu'au demeurant, la suspension du marché constitue une décision avant-dire droit qui n'est pas susceptible d'un recours juridictionnel ;

2) Sur les critères de qualification arrêtés dans le DAO

Considérant que l'article 27 nouveau du COA dispose que dans le respect des principes de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des

candidats, les acheteurs publics peuvent requérir des candidats aux marchés toutes justification concernant notamment :

- Les moyens matériels, humains et financiers dont ils disposent ;
- L'expérience acquise dans la réalisation d'activités analogues à celles faisant l'objet du marché ;

Considérant que dans le même ordre d'idées, l'article 45 du CMP prévoit que sous réserve du respect de ses droits en matière de protection de la propriété intellectuelle ou industrielle et de la confidentialité des informations concernant ses activités, tout candidat à un marché public doit justifier qu'il dispose des capacités juridiques, techniques et financières requises pour exécuter le marché en présentant tous documents et attestations appropriés énumérés dans le dossier d'appel à la concurrence ;

Que ledit article cite les principaux documents exigibles des candidats ;

Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises de création récente, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ;

2.1- sur la capacité financière exigée des candidats

Considérant qu'il résulte du point 5.1 des Données Particulières de l'Appel d'Offres (DPAO) que les candidats au marché doivent d'une part disposer de liquidité ou d'une ligne de crédits d'un montant au moins égal à la moitié de l'offre, c'est-à-dire 0,5 fois le montant de l'offre pour chaque lot, et d'autre part fournir les états financiers dûment certifiés des trois (03) derniers exercices (2007 à 2009) pour chaque lot ;

Considérant que le requérant conteste l'exigence de production des états financiers certifiés au motif qu'elle est une entreprise de création récente et est donc dans l'impossibilité de satisfaire ce critère, ce qui l'écarte de facto de la compétition ;

Considérant qu'en l'espèce, en réponse au recours de TAILLE DRAME, la DGD s'est contentée de rappeler les dispositions des articles 27 du COA et de l'article 45 du CMP, sans expliquer la pertinence des critères retenus et surtout leur adéquation par rapport à l'objet du marché et à la nature des prestations;

Considérant qu'il y a lieu de faire remarquer à la Direction Générale des Douanes que la production des états financiers certifiés n'est pas la seule forme sacramentelle pour s'assurer de la capacité financière d'un candidat ;

Considérant, en effet, que dans un souci d'efficacité économique et dans le but de faciliter l'accès des Petites et Moyennes Entreprises aux marchés comme prévu par la loi d'orientation n°2007-49 relative à la promotion et au développement des PME, et par conséquent de favoriser l'emploi et la création de nouvelles entreprises qui peuvent être porteuses de savoir-faire, d'ingéniosité et de nouvelles technologies, les acheteurs publics doivent pouvoir autoriser les candidats de création récente à prouver leurs capacités financières par des documents qu'ils jugent équivalents à ceux contenus dans l'article 45 du Code des marchés publics, sans préjudice de

l'obligation de produire des états financiers, pour prouver la viabilité de l'entreprise, lorsqu'il s'agit de travaux coûteux ou pluriannuels ;

Que, dans le souci de faciliter l'accès des entreprises de création récente aux marchés, l'autorité contractante peut, sur le fondement de l'article 45 du CMP précité, autoriser ces entreprises à justifier de leurs capacités financières par d'autres moyens, notamment par la disponibilité d'une ligne de crédit égale au moins à leurs offres ;

Que du reste, ce cas de figure est prévu par l'article 45 nouveau du CMP qui prévoit la production par le candidat « de tout autre document permettant de juger de sa capacité financière ;

Qu'en l'occurrence, en considération des fournitures demandées, en n'exigeant que la production des états financiers certifiés à tous les candidats sans prendre en compte les candidats de création récente, la DGD a porté atteinte aux principes de libre accès à la commande publique et d'égalité des candidats ;

2.2- sur la capacité technique et l'expérience requises

Considérant qu'il est stipulé dans les DPAO que tout candidat doit :

- disposer de moyens techniques pour faire face à la confection de commandes importantes d'uniformes et d'attributs militaires et d'effets de couchage (25 machines, 30 piqueuses, 25 boutonniers, 10 poses boutons, œillets, brideuses, 06 perceuses, 10 fers à repasser, 04 chaudières ; tout équipement pour une confection industrielle) ;
- avoir réalisé au moins deux (02) marchés de nature et de taille similaire durant les cinq dernières années pour chaque lot ; les copies desdits marchés approuvés ainsi que les attestations de service fait devront être jointes ;

Considérant que ce critère n'est pas conforme à l'objet de l'article 27 qui exige du candidat d'avoir une expérience acquise dans la réalisation d'activités analogues à celle faisant l'objet du marché ;

Que si, en vertu de cet article, l'autorité contractante peut demander aux candidats des références dans la fourniture d'habillement analogue, elle ne peut pas demander à ces derniers de faire la preuve de l'exécution de marchés de même taille ;

Qu'en introduisant cette exigence dans les critères de qualification, sans démontrer en quoi qu'elle est objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations, l'autorité contractante a restreint l'accès du marché ;

DECIDE :

- 1) Dit qu'en internalisant la Directive n° 5, le décret portant Code des marchés publics n'a pas imposé aux candidats un recours gracieux préalable avant saisine du CRD ;
- 2) Dit que la décision de suspension ordonnée est une décision avant-dire-droit et est insusceptible de recours ;

- 3) Dit qu'en vertu de l'article 27 du COA et de l'article 45 du CMP, il appartient à l'autorité contractante de fixer les critères de qualification exigés pour prendre part à un marché public ;
- 4) Dit toutefois que lesdits critères ne doivent pas constituer une entrave au libre accès à la commande publique, notamment pour les entreprises nouvellement créées et violer le principe d'égalité des candidats ;
- 5) Dit que les critères relatifs à la production d'états financiers certifiés des exercices 2007, 2008 et 2009 et à la réalisation d'au moins deux (2) marchés de nature et de tailles similaires au cours des cinq dernières années, doivent être adaptés à l'objet du marché et à la nature des prestations à réaliser ;
- 6) Constate que la Direction Générale des Douanes n'a pas justifié l'adéquation des critères retenus par rapport à la complexité du marché et à la nature des prestations envisagées ;
- 7) Dit que les critères incriminés violent les principes de libre accès à la commande publique et d'égalité des candidats ;
- 8) Annule la procédure et ordonne la correction du DAO ;
- 9) Dit que le Directeur général de l'ARMP est chargé de notifier à la SARL TAILLE DRAME, à la Direction Générale des Douanes ainsi qu'à la DCMP, la présente décision qui sera publiée.

Le Président

Abdoulaye SYLLA